

REGIMEN PENSIONAL DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Naturaleza jurídica. Antecedente jurisprudencial / REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LA FUERZA PUBLICA - Competencia del gobierno nacional para su regulación / LEY MARCO - Fija el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública. Imposibilidad de regular sus materias a través de facultades extraordinarias

El régimen de pensiones de los miembros de la Fuerza Pública es de naturaleza especial de conformidad con los mandatos de los artículos 217 y 218 de la Constitución Política. A su vez, y a partir de la expedición de ésta, la competencia para regular el régimen prestacional de aquellos miembros le corresponde al Gobierno Nacional, en virtud de la facultad otorgada en el numeral 11 del artículo 189 ibídem. Esta disposición le asigna al Presidente de la República como jefe de Estado y suprema autoridad administrativa, el ejercicio de la potestad reglamentaria con la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes. Lo anterior demuestra que la facultad constitucional otorgada al Gobierno está condicionada y sujeta a las definiciones normativas de carácter general, conocidas en nuestro sistema jurídico como Ley marco. La Corte Constitucional, al efectuar el respectivo estudio de constitucionalidad del Decreto Ley 2070 de 2003, “Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares”. En virtud de la decisión contenida en la sentencia transcrita, se profirió la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, “mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política” con fundamento en la cual se emitió el decreto 4433 de 2004. No obstante, como quiera que la Corte Constitucional mediante la citada sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004 consideró que el Decreto Ley 2070 de 2003, que reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no podía ser expedido con base en las facultades extraordinarias conferidas al Ejecutivo por el Congreso de la República, sino que debía ser expedido, según el literal e), del numeral 19, del artículo 150 de la Constitución política, con base en una ley marco que fijara las normas generales y los objetivos y criterios a que debe sujetarse el Gobierno Nacional en la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, resulta evidente que el motivo por el cual esta Corporación retiró del ordenamiento jurídico el Decreto Ley 2070 de 2003, no obedeció a vicios de fondo en cuanto al contenido material del mismo, sino por haber sido expedido por el Ejecutivo sin apoyo de una ley marco que lo respaldara. Concluye la Sala que por esta razón las disposiciones acusadas no pueden ser anuladas, pues como ya se vio la sentencia C-432 de 2004, no hizo transito a cosa juzgada material, en cuanto no se realizó ningún pronunciamiento de fondo y el hecho de que el contenido del Decreto declarado inexecutable fuera reproducido parcialmente en el 4433, no enerva de ninguna forma la competencia de esta Corporación para confrontar el contenido del mismo, frente a la ley marco que lo respalda.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 217 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 218 / LEY 923 DE 2004 / DECRETO 4433 DE 2004 / DECRETO LEY 2070 DE 2003

ESCUELA DE FORMACION MILITAR - Cómputo de tiempo de servicio para efectos de la asignación de retiro / TIEMPO DE SERVICIO EN LA ESCUELA

DE FORMACION JUDICIAL - Se tiene en cuenta para efectos de la asignación de retiro / DERECHO A LA IGUALDAD - No vulneración

La Ley marco estableció en su artículo 3.1 que para efectos de la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se tendrá en cuenta, entre otros aspectos, el tiempo de formación. Si bien es cierto esta normativa no estableció un límite determinado como tiempo de formación, como sí lo hizo el Gobierno Nacional al expedir el Decreto acusado, cual fue de 2 años, dicho término tiene su origen en los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, mediante los cuales se reforma el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y cuerpo de Agentes de esta Institución, que en sus artículos 170, 152 y 11 señalaron respectivamente: (...) De manera que el ejecutivo al expedir la disposición acusada, se ciñó a las pautas establecidas por el legislador extraordinario para fijar como límite de dos (2) años, el tiempo de servicios en la escuela de formación a tenerse en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro. Lo anterior no vulnera el derecho a la igualdad, por cuanto una cosa es el tiempo que tiene que completar un miembro de la fuerza pública de ingreso o preparación militar y otra muy distinta el tiempo que se contabiliza para efectos de liquidar su asignación de retiro.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1211 DE 1990 / DECRETO 1212 DE 1990 / DECRETO 1213 DE 1990

TIEMPO DOBLE - Es aquel tiempo de servicio que se ha reconocido para la liquidación de prestaciones sociales y asignación de retiro / RECONOCIMIENTO DE TIEMPO DOBLE DE SERVICIO - Normatividad. Aparte que fuera declarado el Estado de Sitio, era necesario el acto administrativo del Gobierno reconociendo este beneficio / TIEMPO DOBLE - Cómputo / RECONOCIMIENTO DE TIEMPO DOBLE DE SERVICIO - Para efectos de prestaciones sociales se computará desde que se declare turbado el orden público hasta la expedición del decreto que restablezca la normalidad / REGIMEN PENSIONAL Y ASIGNACION DE RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Normatividad / APOORTE PARA ASIGNACION DE RETIRO A CARGO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación

El tiempo doble es aquel tiempo de servicio que se ha reconocido para la liquidación de prestaciones sociales y asignación retiro, por el periodo laborado durante el tiempo en que el Estado se encontraba bajo Estado de Sitio. Dichos tiempos han sido reconocidos desde el 11 de septiembre de 1932, para el personal que se encontraba en las regiones del sur, durante el conflicto de Colombia con el Perú; posteriormente se reconocieron más tiempos dobles mediante Decretos Nos. 1632/44, 0438/45, 1238/55, 4144/48, 3518/55, 0749/55, 0329/58, 001/59, 10/61, 20/61, 1288/65, 3070/68, 590/70, 739/70 y 1386/74. Ahora, para que un tiempo fuera reconocido como doble, aparte que fuera declarado el Estado de Sitio, era necesario que el Gobierno, mediante un acto administrativo ordenara su reconocimiento. El hecho de que el Decreto acusado dijera que sólo se computarán tiempos dobles a aquellas personas que hubieren adquirido el derecho por servicios prestados antes de 1974, guarda proporción con lo establecido en el Decreto 1386 de 1974, por medio del cual se reconocieron los últimos tiempos dobles. Este Decreto - 1386 de 1974- fue el que le ordenó al Ministerio de Defensa Nacional que para efectos de prestaciones sociales se computara tiempo doble de servicio a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas

Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, prestado entre el 26 de febrero de 1971 y el 29 de diciembre de 1973, por haber sido declarado turbado el orden público mediante Decreto 250 de 1971, hasta el 29 de diciembre de 1973, cuando fue levantado a través del Decreto 2725 de 1973. Al respecto se dirá que el artículo 3.4 de la Ley marco 923 de 2004, dispuso que el aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública en un porcentaje que no será inferior al cuatro punto cinco por ciento (4.5%), ni superior al cinco por ciento (5%). Lo anterior indica que los miembros de la Fuerza Pública aportan para la asignación de retiro, sobre las siguientes partidas, de conformidad con el artículo 17.2 del Decreto demandado: (...) En consecuencia, el artículo demandado no desconoció los lineamientos establecidos por la Ley marco de 2004, ni contravino lo dispuesto en los Decretos Leyes que establecen los Estatutos del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía el cuerpo de Agentes de esta última Institución, pues no incluyó las primas enlistadas por el actor, por la potísima razón de que estas no constituyen partidas computables para tales efectos. Para seguir con lo cargos formulados, es necesario precisar, tal y como lo hizo el Ministerio Público al emitir su concepto de fondo, que si bien el demandante ataca el artículo 15 del Decreto 4433 de 2004, lo cierto es que los argumentos que utiliza para obtener su nulidad son los mismos que usó para atacar el artículo anteriormente estudiado, esto es, que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto acusado, no incluyó para efectos prestacionales, todas las primas que devengaba un oficial o suboficial.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1386 DE 1974 / DECRETO 250 DE 1971

NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA NACIONAL - Creación. Evolución normativa / PENSION DE SOBREVIVIENTE PARA MIEMBROS ACTIVOS DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA NACIONAL - Presupuestos para su reconocimiento. Normatividad / DERECHO A LA IGUALDAD - No vulneración, ya que el trato diferente que se dio entre los activos y los nuevos en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, estuvo objetiva y razonablemente justificado

Los Decretos 1091 del 27 de junio de 1995 y 4433 de 31 de diciembre de 2004, previeron en sus artículos 70 y 27 parágrafo la pensión de sobreviviente para los miembros activos del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que murieran en actos especiales de servicio, cualquiera que fuera el tiempo de servicio, sobre el 100% de las partidas computables consagradas en los artículos 49 y 23, respectivamente, a saber: Sueldo básico, prima de retorno a la experiencia, subsidio de alimentación, doceava de la prima de navidad, doceava de la prima de servicio y doceava de la prima de vacaciones. En ese orden se tiene que las normas posteriores que contemplaron la prestación en estudio, no sólo protegieron las condiciones prestacionales con que venían los miembros que ingresaron al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en lo que a la pensión por muerte en actos especiales del servicio se refiere, sino que las mejoraron toda vez que dicha prestación se reconoce sobre el 100% de las partidas computables cualquiera que fuera el tiempo de servicio, lo cual guarda armonía con la constitución y las leyes laborales, en cuanto obligan al empleador a conservar unos beneficios mínimos sobre los cuales puede agregar mayores y mejores prerrogativas, pues lo que es prohibido son las desmejoras. Considera la Sala que cuando el Legislador estableció la pensión por muerte en actos especiales del servicio en el artículo 27 del Decreto 4433, diferenciando a quienes ingresaran al Nivel ejecutivo a partir de

la entrada en vigencia de dicho precepto con los que ya hacían parte de ella, lo que hizo fue darle cumplimiento a las normas creadoras del Nivel Ejecutivo, en el sentido de brindarle una especial protección para los miembros de la Policía que atendieran el llamado institucional para profesionalizar sus labores. Así las cosas, el párrafo demandado del artículo 27, si bien consagró un trato diferenciado entre los miembros vinculados al nivel ejecutivo al momento de entrar en vigencia el citado Decreto con el personal que ingresara con posterioridad, no vulneró el derecho a la igualdad, pues como ya se vio, la diferenciación no se produjo entre iguales, pues a los activos se les debía respetar la especialísima protección con que venían revestidos por las normas de creación, que, para recordar, previeron que sus condiciones laborales no podían ser desmejoradas al pasar al nivel ejecutivo. El trato diferente que se dio entre los activos y los nuevos en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, estuvo objetiva y razonablemente justificado, razón por la cual el cargo endilgado al párrafo demandado no prospera.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: LEY 62 DE 1993 / DECRETO LEY 41 DE 1994 / LEY 180 DE 1992 / LEY 4 DE 1992 - ARTICULO 2 / LEY 4 DE 1992 - ARTICULO 10 / DECRETO 1791 DE 2000 / DECRETO 1212 DE 1990 / DECRETO 1213 DE 1990 / DECRETO 1091 DE 1995 / DECRETO 4433 DE 2004 - ARTICULO 27

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00237-01(10024-05)

Actor: PEDRO ANTONIO HERRERA MIRANDA

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

Conoce la Sala en única instancia del proceso de nulidad instaurado por PEDRO ANTONIO HERRERA MIRANDA contra los arts. 7° num. 7.1, 8°, 13, 15 par., 27 par del **decreto No. 4433 del 31 de diciembre de 2004.**

ANTECEDENTES

El demandante obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación que se declare la nulidad de los Arts. 7° num. 7.1, 8°, 13, 15 par., 27 par del decreto No. 4433 del 31 de diciembre de 2004 *“Por el cual se fija el*

régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

Los apartes demandados, son del siguiente tenor:

“ARTICULO 7o. *Cómputo de tiempo de servicio.* Para efectos de la asignación de retiro o pensión de sobrevivientes, el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección General de la Policía Nacional, liquidarán el tiempo de servicio, así:

**7.1 Oficiales, Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes, el tiempo de permanencia en la respectiva escuela de formación, sin que pueda sobrepasar de dos (2) años.
...**

“ARTICULO 8o. *Cómputo de tiempo doble.* A quienes hubieren adquirido derecho al cómputo de tiempo doble por servicios prestados antes de 1974, se les continuará teniendo en cuenta para efecto del cómputo del tiempo para la asignación de retiro o pensiones, conforme lo hubieren señalado las normas correspondientes.”

“ARTICULO 13. *Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares.* La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARAGRAFO: - En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.”

“ARTICULO 15. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto y que sean retirados después de veinte (20) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro, así:

15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.

15.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

15.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARAGRAFO: - También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retiren por solicitud propia siempre y cuando tengan veinte (20) o más años de servicio y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.”

“ARTICULO 27. Muerte en actos especiales del servicio. A la muerte de un Oficial, Suboficial, o Agente de la Policía Nacional en servicio activo, o del personal que ingrese al Nivel Ejecutivo a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, en actos meritorios del servicio, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden y proporción establecida en el artículo 11 del presente decreto tendrán derecho a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, reconocida por la Dirección General de la Policía Nacional, la cual será liquidada así:

27.1 El cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de retiro, en el grado conferido póstumamente, cuando el causante tuviere quince (15) años o menos de servicio.

27.2 El cincuenta por ciento (50%) se incrementará en un cuatro por ciento (4%) adicional, por cada año que exceda los quince

(15), sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%) por los primeros veinticuatro (24) años.

27.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional, sin que en ningún caso el total pueda exceder el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARAGRAFO: - A la muerte de un miembro del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, en actos meritorios del servicio, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en el mantenimiento o restablecimiento del orden público, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en el artículo 11 del presente decreto, tendrán derecho a partir de la fecha del fallecimiento, a que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual, reconocida por la Dirección General de la Policía Nacional, liquidada de acuerdo con el grado conferido póstumamente y equivalente al ciento por ciento (100%) de las partidas establecidas en el artículo 23 del presente decreto.”

(TEXTOS DEMANDADOS, RESALTADOS EN NEGRILLA)

Asegura que la norma demandada desconoce el principio fundamental de que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual supone la aplicación de políticas sociales que mejoren la calidad de vida de todos los habitantes del país, y lo que establecen las disposiciones acusadas desconoce, no sólo este postulado, sino una prestación social contemplada en el decreto 1211 de 1990, ya que disminuye la calidad de vida y afecta el mínimo vital y móvil de los miembros de las Fuerzas Militares, además de ser contraria a los objetivos señalados en la ley 923 de 2004.

Como normas violadas citó los artículos 1°, 13, 25, 53, 58, 150 num. 9° literal e), 158 y 215 inc. 9° de la Constitución Política; 1°, 2° numerales 2.1, 2.4, 2.7, 3° num. 3.1 incisos 1, 2, 3, numerales 3.3, 3.6, 3.7 y 3.9 de la ley 923 de 2004; y 40 literal a) de la ley 48 de 1993.

Los cargos que formula contra las disposiciones acusadas se pueden resumir de la siguiente manera:

El numeral 7.1 del artículo 7 es violatorio del artículo 13 superior, por cuanto limita para el cómputo de tiempo de servicio para efectos de Asignación de Retiro y Pensión de Sobreviviente, la permanencia en la respectiva escuela de formación

en un máximo de 2 años, pues si bien esto se cumple respecto de los suboficiales, agentes y personal del nivel ejecutivo, en realidad los oficiales del Ejército y la Fuerza Aérea permanecen en dichas escuelas 3 años y los de la Armada 4 años. Dice que limitar el tiempo de formación como lo hace la citada disposición vulnera el artículo 3, numeral 3.1 de la Ley 923 de 2004, la cual establece que la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado.

El artículo 8 vulnera no sólo el derecho a la igualdad sino el principio fundamental de favorabilidad consagrado en el art. 53 de la Constitución Política y los derechos adquiridos con arreglo a normas anteriores (art. 58 ibídem) por cuanto limita el tiempo doble sólo a quienes hubieren prestado sus servicios con anterioridad a 1974, excluyendo de plano a los miembros que la devengaron entre junio de 1975 y marzo de 1977, en virtud de los decretos 1136 de 1975, 1249 de 1975, 2131 de 1976 y 612 de 1977. Advierte que el decreto 1211 de 1990 otorga a los miembros de las Fuerzas Militares el derecho al reconocimiento de tiempos dobles por servicios prestados con anterioridad a este decreto y que los mismos se tengan en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales y la asignación de retiro.

Los artículos 7°, 8°, 13 y 15 que establecen las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares, excluyen una serie de primas que también devengan los oficiales, suboficiales y agentes en servicio activo, como son: primas de alto mando, de bucería, de calor, de comandos, de gastos de representación, de oficiales y suboficiales del escalafón complementario, para oficiales del cuerpo administrativo, de especialistas, etc., las cuales se perciben en forma estable y permanente e inciden en la liquidación de las prestaciones sociales.

El párrafo del artículo 27 del decreto demandado introdujo un trato desigual, puesto que dispuso para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a los familiares de los miembros del nivel ejecutivo que se encontraren en servicio activo a la entrada en vigencia del decreto, que se les liquidaría de conformidad con el grado conferido póstumamente y equivalente al 100% de las partidas establecidas en el art. 23, mientras que al comienzo de ese mismo artículo se señaló que esta misma prestación se pagaría, respecto de los oficiales, suboficiales, agentes de la Policía Nacional y miembros del nivel ejecutivo que ingresen a partir de la entrada en vigencia del decreto, así: 50% de las partidas

computables en el grado conferido póstumamente si el causante tuviere 15 años o menos en el servicio, el cual se incrementará en un 4% adicional por cada año que exceda los 15 sin exceder del 85% para los primeros 24 años, y a partir del 85% un 2% adicional sin que exceda en un 95%; que la esencia del artículo 27 es proteger a los beneficiarios de los miembros de la Fuerza Pública que ofrendan su vida en actos especiales del servicio, y por ello no se justifica que a unos se les liquiden sus prestaciones con el 50% cuando no han cumplido los 15 años de servicio, mientras que a otros les pagan el 100% con la misma antigüedad.

Dice que el decreto acusado desconoció lo previsto en el numeral 3.9 del artículo 3º de la Ley 923 de 2004, en cuanto no fijó un régimen de transición que reconociera las expectativas de quienes se encontraran próximos a acceder al derecho a pensión y/o asignación de retiro, lo cual amerita aún más su anulación.

Afirma, en cuanto a los principios mínimos fundamentales consagrados en el art. 53 de la Carta Fundamental, que la normatividad demandada desconoce los derechos a una remuneración mínima, vital y móvil, el principio de favorabilidad y la garantía a la seguridad social.

Finaliza explicando que el decreto 2070 de 2003 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por considerar que el tema que regula debía desarrollarse mediante una ley marco en la que se fijaran los objetivos y criterios que debía observar el Gobierno al momento de expedir el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública; que en virtud de este mandato, se expidió la ley 923 de 2004, con fundamento en la cual se emitió el decreto 4433 de 2004 que reprodujo exactamente las mismas disposiciones del decreto 2070 ya declarado inexecutable.

LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demanda fue notificada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio de Defensa Nacional.

El Ministerio de Hacienda no contestó la demanda, y al Ministerio de Defensa se le tuvo por no contestada, por haberse presentado en forma extemporánea, tal como se explica a folios 134 y 135 del expediente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El actor sostiene en sus alegatos, que el acto acusado debe declararse nulo, por cuanto el legislador no sólo se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, sino que desconoció los criterios y objetivos contenidos en la ley 923 de 2004; que el decreto 4433 de 2004 es una reproducción de lo contenido en el decreto 2070 de 2003, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-432/04.

Aduce que el decreto demandado desmejoró las garantías de los miembros de la Fuerza Pública, ya que aumentó el tiempo de servicios para obtener la pensión e hizo más onerosos los descuentos en los salarios de los servidores, y además dispuso que sería aplicable para quienes hubieren ingresado con anterioridad a la entrada en vigencia de la norma, en abierta violación de los derechos adquiridos ciertos e indiscutibles y del principio de irretroactividad de la ley.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, en su concepto de fondo, solicita que se deniegue la nulidad deprecada.

Dice la Vista Fiscal que en virtud del numeral 11 del art. 189 de la Constitución Política, el Presidente de la República como Jefe de Estado y suprema autoridad administrativa, tiene la potestad reglamentaria de dictar las resoluciones y decretos necesarios para cumplida ejecución de las leyes, pero siempre dentro del marco que la Constitución y la ley le imponen; que los principios y criterios fijados por la ley 923 de 2003 refieren a los derechos adquiridos, la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal, los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública, aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones y sus responsabilidades, y el mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro.

Arguye, en relación con el límite fijado de 2 años de tiempo de formación para tenerse en cuenta a efectos de la asignación de retiro, que por una parte el actor

no señaló la disposición legal que contempla los 3 y 4 años de formación que según él, cumplen las distintas fuerzas, y por otro, sí se observa que el decreto 1211 de 1990 estableció en su art. 170 un límite de 2 años para efectos de contabilizar el tiempo de la asignación de retiro y demás prestaciones; que ello porque una cosa es la obligación que tiene el cadete de cumplir con la preparación militar, y otra muy distinta el término tenido en cuenta para el reconocimiento y liquidación de la Asignación de retiro; que además, no es cierta la presunta vulneración del régimen de transición de la ley 932 de 2004, pues desde 1990 el legislador extraordinario consagró el citado término de 2 años, y después de esa fecha no se ha modificado tal disposición como para que pueda alegarse el mantenimiento de una normatividad anterior más favorable.

Señala que tampoco se produjo violación del art. 8° del decreto 4433 de 2004, con fundamento en que tiene derecho a tiempo doble entre junio de 1975 y marzo de 1977, pues el reconocimiento de este beneficio no fue en forma indefinida, sino que sólo se hizo hasta 1974, con la expedición del decreto 1386 de ese año, y por el periodo del 26 de febrero de 1971 al 29 de diciembre de 1973; que no es cierto que se haya configurado violación de derechos adquiridos, ya que mientras el concepto o beneficio salarial no ingrese al patrimonio del servidor público, es titular de una mera expectativa, pues de lo contrario no sería posible efectuar ninguna variación al régimen salarial y prestacional de los funcionarios del Estado; que de ahí la importancia de los regímenes de transición, para salvaguardar los derechos de las personas que cumplen ciertos requisitos, y en el caso específico del tiempo doble, para quienes “hubieren adquirido derecho al cómputo de tiempo doble por servicios prestados antes de 1974, se les continuará teniendo en cuenta para efecto del cómputo de tiempo para la asignación de retiro o pensiones, conforme lo hubieren señalado las normas correspondientes” tal como lo estableció el decreto 1386 de 1974.

Estima, en cuanto a la presunta vulneración del art. 13 Constitucional, que lo que pretende es que conceptos salariales y prestacionales que se reconocen a los miembros en actividad, sean también incluidos a los retirados para efectos del reconocimiento de su asignación de retiro, razonamiento éste que carece de lógica, puesto que no se puede reliquidar una pensión atendiendo los beneficios prestacionales que el legislador consagró para los activos y que el interesado no percibió cuando prestó el servicio; que así mismo, el art. 158 del decreto 1211 de 1990 señala las partidas sobre las cuales se liquidan las prestaciones sociales de

los oficiales y suboficiales que sean retirados del servicio activo, y el párrafo de la misma norma dispone que sólo éstas constituirán factor salarial y serán computables para efectos de asignaciones de retiro, luego no se pueden incluir las primas de bucería, calor, de comandos, de especialidad, de gastos de representación, la de oficiales del cuerpo administrativo, de oficiales técnicos, de salto, de servicio anual, de submarinista y de escalafón complementario solicitadas por el actor, por cuanto las mismas fueron expresamente excluidas mediante norma con fuerza de ley.

Finalmente expresa que no se efectuó un trato discriminatorio cuando se consagró para el personal ejecutivo la prerrogativa de liquidar con el 100% sus prestaciones sociales en caso de muerte en actos especiales del servicio, pues es evidente que el Ejecutivo quiso hacerles un reconocimiento distinto por cuanto su deceso se produce en unas circunstancias especiales.

Se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se decide la demanda de nulidad de los arts. 7° num. 7.1, 8°, 13, 15 par. y 27 párrafo del decreto No. 4433 del 31 de diciembre de 2004 *“Por el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*.

En primer lugar se dirá que el régimen de pensiones de los miembros de la Fuerza Pública es de naturaleza especial de conformidad con los mandatos de los artículos 217 y 218 de la Constitución Política. A su vez, y a partir de la expedición de ésta, la competencia para regular el régimen prestacional de aquellos miembros le corresponde al Gobierno Nacional, en virtud de la facultad otorgada en el numeral 11 del artículo 189 ibidem.

Esta disposición le asigna al Presidente de la República como jefe de Estado y suprema autoridad administrativa, el ejercicio de la potestad **reglamentaria** con la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida **ejecución de las leyes**.

Lo anterior demuestra que la facultad constitucional otorgada al Gobierno está condicionada y sujeta a las definiciones normativas de carácter general, conocidas en nuestro sistema jurídico como Ley marco.

La Corte Constitucional, al efectuar el respectivo estudio de constitucionalidad del Decreto Ley 2070 de 2003, “*Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares*” dijo:

“ (...) Es evidente para la Corte que las normas acusadas previstas en el Decreto – Ley 2070 de 2003, al regular el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública y, en especial, la asignación de retiro, a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, desconocen lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e) de la Constitución Política, en cuanto el régimen prestacional allí establecido, debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias.

(...) la ley marco debe precisar el contenido especial o básico del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, para lo cual, deberá señalar elementos tales como, los requisitos de edad, tiempo de servicios, montos, ingresos bases de liquidación, regímenes de transición, indemnizaciones sustitutivas y demás condiciones y exigencias que aseguren el reconocimiento de dicha asignación y de otras prestaciones relacionadas.

*Le corresponde al Gobierno mediante decreto ejecutivo o administrativo, reglamentar los **elementos accidentales y variables** de dicho régimen, tales como, el trámite para acreditar una discapacidad, el señalamiento de los presupuestos para demostrar la dependencia económica en tratándose de una sustitución pensional, los requisitos de forma para certificar las semanas cotizadas, el tiempo máximo que tiene la Administración para reconocer y pagar una pensión o asignación, etc.”¹ (Se resalta).*

En virtud de la decisión contenida en la sentencia transcrita, se profirió la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, “*mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política*” con fundamento en la cual se emitió el **decreto 4433 de 2004**.

Ahora, acusa la parte actora que el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es una reproducción exacta del Decreto Ley 2070 de 2003, que fue declarado

¹ Sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

inexequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia arriba transcrita; y en efecto, constata la Sala que las disposiciones acusadas son copia casi exacta del contenido del decreto ley declarado inexequible por la Corte Constitucional.

No obstante, como quiera que la Corte Constitucional mediante la citada sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004 consideró que el Decreto Ley 2070 de 2003, que reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no podía ser expedido con base en las facultades extraordinarias conferidas al Ejecutivo por el Congreso de la República, sino que debía ser expedido, según el literal e), del numeral 19, del artículo 150 de la Constitución política, con base en una ley marco que fijara las normas generales y los objetivos y criterios a que debe sujetarse el Gobierno Nacional en la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, resulta evidente que el motivo por el cual esta Corporación retiró del ordenamiento jurídico el Decreto Ley 2070 de 2003, no obedeció a vicios de **fondo** en cuanto al contenido material del mismo, sino por haber sido expedido por el Ejecutivo sin apoyo de una ley marco que lo respaldara.

Además, el artículo 243 de la Constitución Política señala:

*“Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada Constitucional. **Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto declarado inexequible por razones de fondo**, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”* (Negrilla de la Sala)

Conforme a lo anterior, concluye la Sala que por esta razón las disposiciones acusadas no pueden ser anuladas, pues como ya se vio la sentencia C-432 de 2004, no hizo tránsito a cosa juzgada material, en cuanto no se realizó ningún pronunciamiento de fondo y el hecho de que el contenido del Decreto declarado inexequible fuera reproducido parcialmente en el 4433, no enerva de ninguna forma la competencia de esta Corporación para confrontar el contenido del mismo, frente a la ley marco que lo respalda.

Esclarecido lo anterior, procederá la Sala a estudiar los cargos formulados contra los artículos demandados.

i) Tiempo de formación

El demandante argumenta que el numeral 7.1 del artículo 7 desconoce lo establecido en el artículo 3.1 de la Ley 923 de 2004 por cuanto limita a máximo 2 años, el cómputo de tiempo de servicio para efectos de la asignación de retiro en la respectiva escuela de formación, desconociendo los 3 y 4 años de formación que se cumplen en el Ejército y la Fuerza Aérea.

La Ley marco estableció en su artículo 3.1 que para efectos de la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se tendrá en cuenta, entre otros aspectos, **el tiempo de formación**. Si bien es cierto esta normativa no estableció un límite determinado como tiempo de formación, como sí lo hizo el Gobierno Nacional al expedir el Decreto acusado, cual fue de 2 años, dicho término tiene su origen en los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, mediante los cuales se reforma el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y cuerpo de Agentes de esta Institución, que en sus artículos 170, 152 y 11 señalaron respectivamente:

“ARTÍCULO 170. COMPUTO DE TIEMPO. *Para efectos de asignación de retiro y demás prestaciones sociales, el Ministerio de Defensa liquidar el tiempo de servicio, así:*

- a. Oficiales, el tiempo de permanencia en la respectiva Escuela de Formación de Oficiales, con un máximo de dos (2) años;*
- b. Suboficiales, el tiempo de permanencia como Soldado o Alumno de una Escuela de Formación de Suboficiales, con un máximo de dos (2) años;*
- c. El tiempo de servicio como Oficial o Suboficial.*

“ARTICULO 152. LIQUIDACION DE TIEMPO DE SERVICIO. *A partir de la vigencia de este Decreto para efectos de asignación de retiro y demás prestaciones sociales, la Policía Nacional liquidará el tiempo de servicio, así:*

- a. Oficiales, el tiempo de permanencia en la respectiva Escuela de Formación de Oficiales, hasta por dos (2) años. (Sentencia C-980-02)*
- b. Suboficiales, el tiempo de permanencia como soldado o alumno de la Escuela de Formación de Suboficiales con un máximo de dos (2) años.*
- c. El tiempo de servicio en las extinguidas policías departamentales y municipales.*
- d. El tiempo de servicio como Oficial, Suboficial o Agente.*

“ARTICULO 111. LIQUIDACION DE TIEMPO DE SERVICIO. *Para efectos de asignación de retiro y demás prestaciones sociales, la Policía Nacional liquidará el tiempo de servicio, así:*

- a. El tiempo de permanencia como soldado o alumno de la respectiva Escuela de Formación de Agentes, con un máximo de dos (2) años.*
- b. El tiempo de servicio como Agente de la Policía Nacional.*

c. El tiempo como Suboficial en las Fuerzas Militares.

d. El tiempo de servicio como Auxiliar de Policía, Agente conductor o Auxiliar conductor.

e. El tiempo prestado como uniformado en las extinguidas policías departamentales o municipales, excepto para cesantía.”

De manera que el ejecutivo al expedir la disposición acusada, se ciñó a las pautas establecidas por el legislador extraordinario para fijar como límite de dos (2) años, el tiempo de servicios en la escuela de formación a tenerse en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro. Lo anterior no vulnera el derecho a la igualdad, por cuanto una cosa es el tiempo que tiene que completar un miembro de la fuerza pública de ingreso o preparación militar y otra muy distinta el tiempo que se contabiliza para efectos de liquidar su asignación de retiro.

De conformidad con lo expuesto, el cargo endilgado al numeral 7.1 del artículo 7 del Decreto 4433 de 2006, no tienen vocación de prosperidad.

ii) tiempos dobles

Considera la parte demandante que cuando el Decreto acusado en su artículo 8°, otorga el derecho a computar tiempos dobles para efectos de asignación de retiro o pensión, sólo a quienes hubieran adquirido el derecho por servicios prestados antes de 1974, vulnera el derecho a la igualdad y el principio fundamental de favorabilidad consagrado en el art. 53 de la Constitución Política y los derechos adquiridos con arreglo a normas anteriores (art. 58 ibídem) por cuanto excluyó de plano a quienes prestaron el servicio entre junio de 1975 y marzo de 1977, en virtud de los decretos 1136 de 1975, 1249 de 1975, 2131 de 1976 y 612 de 1977.

Para resolver lo anterior, es necesario recordar que el tiempo doble es aquel tiempo de servicio que se ha reconocido para la liquidación de prestaciones sociales y asignación retiro, por el periodo laborado durante el tiempo en que el Estado se encontraba bajo Estado de Sitio. Dichos tiempos han sido reconocidos desde el 11 de septiembre de 1932, para el personal que se encontraba en las regiones del sur, durante el conflicto de Colombia con el Perú; posteriormente se reconocieron más tiempos dobles mediante Decretos Nos. 1632/44, 0438/45, 1238/55, 4144/48, 3518/55, 0749/55, 0329/58, 001/59, 10/61, 20/61, 1288/65, 3070/68, 590/70, 739/70 y 1386/74.

Ahora, para que un tiempo fuera reconocido como doble, aparte que fuera declarado el Estado de Sitio, **era necesario que el Gobierno, mediante un acto administrativo ordenara su reconocimiento.**

El hecho de que el Decreto acusado dijera que sólo se computarán tiempos dobles a aquellas personas que hubieren **adquirido el derecho** por servicios prestados antes de 1974, guarda proporción con lo establecido en el **Decreto 1386 de 1974**, por medio del cual se **reconocieron los últimos tiempos dobles.**

Este Decreto - 1386 de 1974- fue el que le ordenó al Ministerio de Defensa Nacional que para efectos de prestaciones sociales se computara tiempo doble de servicio a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, prestado **entre el 26 de febrero de 1971 y el 29 de diciembre de 1973**², por haber sido declarado turbado el orden público mediante Decreto 250 de 1971, hasta el 29 de diciembre de 1973, cuando fue levantado a través del Decreto 2725 de 1973.

Los tiempos que según el actor desconoce el artículo demandado cuando fija un periodo que va hasta el año de 1974, son los que prestaron los miembros de la Fuerza Pública entre junio de 1975 y marzo de 1977, cuando el país se encontraba en Estado de Sitio, en virtud de los Decretos 1136 de 1975, 1249 de 1975, 2131 de 1976 y 612 de 1977; sin embargo, hecha de menos el demandante que para que los tiempos prestados durante ese periodo se computaran como dobles para efectos de asignación de retiro y pensión, debía existir acto administrativo que así lo reconociera, circunstancia que no sucedió, pues como ya se dijo, el Decreto 1386 de 1947 fue el último que reconoció tiempos dobles.

iii) Partidas computables

Estima el libelista que cuando el Decreto 4433 de 2004 establece las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y sobrevivencia del personal de las Fuerzas Militares en su artículo 13, excluyó una serie de primas que también devengan los oficiales y suboficiales en servicio **activo**, como son: prima especial de servicios, de alto mando, de bucería, de

² Artículo 1° Para efectos de prestaciones sociales el Ministerio de Defensa Nacional computará tiempo doble de servicio a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, oficiales y suboficiales y agentes de la Policía Nacional durante el lapso comprendido entre el 26 de febrero de 1971 y el 29 de diciembre de 1973.

calor, de comandos, de especialistas, de gastos de representación, de oficiales del cuerpo administrativo, para oficiales técnicos, salto, servicio anual, submarinista y para oficiales del escalafón complementario.

Al respecto se dirá que el artículo 3.4 de la Ley marco 923 de 2004, dispuso que el **aporte** para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública **será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación**, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública en un porcentaje que no será inferior al cuatro punto cinco por ciento (4.5%), ni superior al cinco por ciento (5%).

Lo anterior indica que los miembros de la Fuerza Pública aportan para la asignación de retiro, sobre las siguientes partidas, de conformidad con el artículo 17.2 del Decreto demandado:

- Sueldo básico.
- Prima de actividad.
- Prima de antigüedad.
- Prima de estado mayor.
- Prima de vuelo.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.
- Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

La disposición referenciada no es ajena a lo dicho por el Legislador de 1990 en los Decretos Ley 1211, 1212 y 1213 de 1990, cuando en los artículos 158, 140 y 100 prescribieron:

“Artículo 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. *Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:*

- *Sueldo básico.*
- *Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.*
- *Prima de antigüedad.*
- *Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.*
- *Duodécima parte de la prima de Navidad.*
- *Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.*
- *Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*
- *Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.*

PARAGRAFO. *Fuera de las partidas específicamente señaladas en este*

artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

“ARTICULO 140. BASES DE LIQUIDACION. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sea retirado del servicio activo se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas, así: (Sentencia C-980-02)

1. Sueldo básico.
2. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.
3. Prima de antigüedad.
4. Prima de Oficial Diplomado en Academia Superior de Policía, en las condiciones indicadas en este Estatuto.
5. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.
6. Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
7. Gastos de representación para Oficiales Generales.
8. Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.
9. La bonificación de los Agentes del Cuerpo Especial, cuando sean ascendidos al grado de Cabo Segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como Agentes, sin contar los tiempos dobles.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este Estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.”

“ARTICULO 100. BASES DE LIQUIDACION. A partir de la vigencia del presente Decreto a los Agentes de la Policía Nacional que se retiren o sean retirados del servicio activo se les liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas, sobre las siguientes partidas, así:

- a. Sueldo básico.
- b. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.
- c. Prima de antigüedad.
- d. Una duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.
- e. Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme al artículo 46 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este Estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales, salvo lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 53 de este Decreto.”

En consecuencia, el artículo demandado no desconoció los lineamientos establecidos por la Ley marco de 2004, ni contravino lo dispuesto en los Decretos Leyes que establecen los Estatutos del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía el cuerpo de Agentes de esta última Institución, pues no incluyó las primas enlistadas por el actor, por la potísima razón de que estas no constituyen partidas computables para tales efectos.

Para seguir con lo cargos formulados, es necesario precisar, tal y como lo hizo el Ministerio Público al emitir su concepto de fondo, que si bien el demandante ataca **el artículo 15 del Decreto 4433 de 2004**, lo cierto es que los argumentos que utiliza para obtener su nulidad son los mismos que usó para atacar el artículo anteriormente estudiado, esto es, que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto acusado, no incluyó para efectos prestacionales, todas las primas que devengaba un oficial o suboficial.

Así las cosas, la Sala denegará la solicitud de nulidad del citado artículo, por las razones que se expusieron al estudiar los cargos formulados contra el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

iv) De la pensión de sobreviviente en el nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Por último, se estudiará el cargo formulado contra el **parágrafo del artículo 27**, en cuanto se da una desigualdad y trato discriminatorio cuando se le otorga a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se encuentran en **servicio activo** a la entrada en vigencia del Decreto demandado, una prerrogativa de liquidar con el 100% de sus prestaciones una pensión de sobreviviente, mientras que a los miembros del nivel ejecutivo que **ingresen** a partir de la entrada en vigencia del aludido Decreto, se le liquidará tal prestación, de conformidad con el propio artículo 27.

Al confrontar el contenido del artículo citado con las disposiciones que consagra el parágrafo, observa la Sala que se hace una diferenciación entre los miembros del nivel ejecutivo que ingresen al servicio con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto, con los que venían en servicio activo.

En efecto, mientras a los primeros se les liquida una pensión de sobrevivientes por muerte en actos especiales del servicio sobre un 50% de las partidas computables en el grado conferido póstumamente si el causante tuviere 15 años o menos en el

servicio, el cual se incrementará en un 4% adicional por cada año que exceda los 15 sin exceder del 85% para los primeros 24 años, y a partir del 85% un 2% adicional sin que exceda en un 95%; a los segundos se les liquida sobre el **100%** de las partidas computables para la asignación de retiro o pensiones de que trata el artículo 23 del Decreto 4433.

En esas condiciones, y sin ahondar lo suficiente sobre el tema, se podría concluir que la diferenciación a que hace referencia el demandante contraría los postulados referentes al derecho a la igualdad, por cuanto la esencia de la pensión de sobrevivientes de que trata el artículo 27, es la de proteger a los beneficiarios de los miembros de la Fuerza Pública que ofrendan su vida en actos especiales del servicio; por ello, en principio, no se justificaría que a unos se les liquiden sus prestaciones con el 50% cuando no han cumplido los 15 años de servicio, mientras que a otros les pagan el 100% con la misma antigüedad.

Ahora, ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional en manifestar que para que se presente vulneración del derecho a la igualdad debe existir una discriminación **entre iguales**, frente a situaciones fácticas idénticas, sin que pueda predicarse la vulneración del aludido derecho **por el sólo hecho de querer obtener prerrogativas que le fueron concedidas a sujetos que no se encuentran en las mismas condiciones**, recordando que el principio de igualdad no impide que la Ley establezca tratos diferentes pero sí exige que éstos tengan fundamento objetivo y razonable acorde con los fines perseguidos por la autoridad

En ese orden, procederá la Sala a verificar si entre los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional **activos** a la entrada en vigencia del Decreto 4433, existe una diferencia con los que ingresaron con posterioridad al 31 de diciembre de 2004, lo cual haría justificable la disposición contenida en el parágrafo del artículo 27. Para ello, se hace necesario el siguiente análisis:

Del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional:

La creación del nivel ejecutivo en la Policía Nacional obedeció fundamentalmente a la necesidad de profesionalizar la base y mandos medios de la Institución y darle una formación integral que le permitiera afrontar con criterio y decisión, las múltiples y delicadas responsabilidades que debía asumir en desarrollo de su

misión ante la comunidad, además, con la creación de ese nivel, se quiso mejorar la remuneración de los agentes y conferirles un régimen salarial especial.

Como antecedentes legales del nivel ejecutivo de la Policía Nacional se tiene la reforma de la Policía Nacional que se inició con la publicación de la ley 62 del 12 de agosto de 1993 *“Por la cual se expiden normas sobre la Policía Nacional, se crea un Establecimiento Público de Seguridad Social y Bienestar para la Policía Nacional, se crea la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada y se reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República”*. (Subraya fuera del texto original)

En virtud de tales facultades, el Gobierno Nacional dictó el **decreto ley 41 del 10 de enero de 1994** ³*“Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”* (Subraya la Sala) y en él se consagró el llamado nivel ejecutivo de la Policía Nacional que comprende los grados de comisario, subcomisario, intendente, subintendente, patrullero, carabinero e investigador según la especialidad.

No obstante, la Corte Constitucional, en sentencia No. C-417 del 22 de septiembre de 1994, declaró inexecutable las expresiones *“nivel ejecutivo”*, *“personal del nivel ejecutivo”* y *“miembro del nivel ejecutivo”* empleadas en un gran número de artículos del decreto ley 41 de 1994, por exceder el límite material fijado en la ley de facultades extraordinarias (ley 62 de 1993), y declaró igualmente inexecutable varios artículos que se referían específicamente al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, por la misma razón⁴.

En consecuencia, el Congreso de la República expidió la **Ley 180 de 1992**, en la cual se modificó el artículo 1º de la Ley 62 de 1993, incluyendo al Nivel Ejecutivo como parte integrante de la Policía Nacional y revistiendo nuevamente al

³ Dispuso en su artículo 115. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto Ley 1212 de 1990 con excepción de los títulos IV, VI, IX y X de éste, y demás normas que le sean contrarias.

⁴ El pronunciamiento de la Corte se fundamentó en que consideró que el ejecutivo se extralimitó al desarrollar las atribuciones otorgadas en el numeral 1º del artículo 35 de la ley 62 de 1993, porque al tenor de la ley de investidura no estaba autorizado para crear una tercera categoría dentro del personal uniformado de la Policía Nacional, denominada “nivel ejecutivo”, tal como se hizo, pues el legislador ordinario decidió conservar las mismas tres categorías que tradicionalmente se conocen en esa Institución, a saber: la de oficiales, la de suboficiales y la de agentes.

presidente de la República para desarrollar esta carrera, previendo expresamente, y en concordancia con los artículos 2º y 10 de la Ley 4ª de 1992, **una especial protección para el personal que atendiendo el llamado institucional, pasara de los escalafones de suboficiales, agentes o del personal no uniformado a la carrera del Nivel Ejecutivo.**

En efecto el artículo 7º de la citada norma dispuso:

“ De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias hasta por el término de noventa (90) días contados a partir de la promulgación de la presente ley, para los siguientes efectos:

1. **Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo** a que se refiere el artículo 1º de la presente ley, a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, Personal no Uniformado y de incorporación directa (...)

*Parágrafo: La creación del Nivel Ejecutivo, **no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo.***” (Destaca la Sala)

Por su parte el **Decreto 132 de enero 13 de 1995**, que desarrolló la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, reguló el ingreso de personal uniformado de la Policía Nacional a su Nivel Ejecutivo en las condiciones que fijó, el retiro y causales en dicho nivel, a la vez que en su artículo **82** volvió a repetir una **protección** para dicho personal cuando expresó:

*“El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional **no podrá discriminar, ni desmejorar, en ningún aspecto la situación de quienes ESTÁN al servicio de la Policía Nacional.***” (Resalta la Sala)

Este Decreto fue derogado por el **Decreto 1791 del 2000** *“Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”*

Por eso, cuando el artículo 27 del Decreto que se estudia liquida la pensión por muerte en actos especiales del servicio, para el **personal** que **ingrese**⁵ al Nivel Ejecutivo a la entrada en vigencia del citado Decreto, teniendo en cuenta *“27.1 El cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para la asignación de*

⁵ Entiéndase como tales al personal que ingresa al curso de formación como miembro del Nivel Ejecutivo, no quienes estando en la institución pasen al Nivel Ejecutivo.

*retiro, en el grado conferido póstumamente, cuando el causante tuviere quince (15) años o menos de servicio; 27.2 El cincuenta por ciento (50%) se incrementará en un cuatro por ciento (4%) adicional, por cada año que exceda los quince (15), sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%) por los primeros veinticuatro (24) años; 27.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional, sin que en ningún caso el total pueda exceder el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.” y a los miembros del nivel ejecutivo que se encuentren activos “liquidada de acuerdo con el grado conferido póstumamente y equivalente al ciento por ciento (100%) de las partidas establecidas en el artículo 23 del presente decreto.” no está haciendo otra cosa que brindar la **especial protección** que consagró la Ley 180 de 1995 y el Decreto Ley 132 del mismo año, para aquellos miembros (Suboficiales, Agentes y Personal no Uniformado) de la Policía Nacional que atendieron el llamado institucional para profesionalizar su labor.*

Estos miembros, están amparados por los principios de la buena fe⁶, confianza legítima y seguridad jurídica, pues si en cumplimiento de una norma superior, la Institución hace un llamado con el fin de que algunos de sus miembros pasen de un escalafón a otro en aras de mejorar el servicio, asegurando que con ello sus condiciones laborales, salariales y prestacionales no serán desmejoradas, crea una expectativa legítima de certeza, seguridad y exactitud sobre la información en el administrado, que se pueden desconocer.

Entre las prestaciones que no se les podía desmejorar estaba lo concerniente a las pensiones de sobrevivientes por muerte en actos especiales del servicio, consagrada en los artículos **165 del Decreto 1212 de 1990** para los Suboficiales y **123 del Decreto 1213 del mismo año** para los Agentes de la Policía Nacional⁷.

⁶ Entendido como el deber de proceder con lealtad en las relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan de la misma forma (Definición tomada de la Sentencia C-880 de 2005. MP. Jaime Córdoba Treviño)

⁷ Las citadas normas mantuvieron su vigencia en virtud de lo dispuesto por el artículo 95 del **Decreto 1791 del 2000**, que dice:

“ARTICULO 95. VIGENCIA. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga los Decretos 041 de 1994, con excepción de lo dispuesto en el artículo 115, relacionado con los Títulos IV, VI y IX y los artículos 204, 205, 206, 210, 211, 213, 214, 215, 220, 221 y 227 del Decreto 1212 de 1990; 262 de 1994 con excepción de lo dispuesto en el artículo 47, relacionado con los Títulos III, IV y VII y los artículos 162, 163, 164, 168, 169, 171, 172, 173 y 174 del Decreto 1213 de 1990; 132, 573 y 574 de 1995 y demás normas que le sean contrarias.”*

Los citados artículos disponen:

“ARTÍCULO 165. MUERTE EN ACTOS ESPECIALES DEL SERVICIO. A partir de la vigencia del presente Estatuto, el Oficial o **Suboficial** de la Policía Nacional que muera en servicio activo, en actos meritorios del servicio, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento o restablecimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 140 de este Decreto.

b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.

c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante.

d. Si el Oficial o Suboficial no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este Estatuto, con excepción de los hermanos tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas de que trata el artículo 140 de este Decreto.

PARAGRAFO. Se entiende por actos meritorios del servicio para todo efecto, aquellos en que el Oficial o Suboficial se enfrente a grave e inminente peligro en defensa de la vida, honra y bienes de las personas.

ARTÍCULO 123. MUERTE EN ACTOS ESPECIALES DEL SERVICIO. Durante la vigencia del presente Estatuto, a la muerte de un **Agente** de la Policía Nacional en servicio activo, en actos meritorios del servicio, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento o restablecimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado de Cabo Segundo cualquiera que sea el tiempo de servicio, además sus beneficiarios en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de los haberes correspondientes al grado conferido al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 100 de este Decreto.

b. Al pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante.

c. Si el Agente hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público le pague una pensión mensual, la cual será liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado conferido póstumamente.

d. Si el Agente no hubiere cumplido doce (12) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en el presente Estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas señaladas en el artículo 100 de este Decreto.

PARAGRAFO. *Se entiende por actos meritorios del servicio para todo efecto, aquellos en que el Agente, se enfrente a grave e inminente peligro en defensa de la vida, honra y bienes de las personas.”*

Ahora, los Decretos que en lo sucesivo se expidieron con el fin de regular tal prestación, debían, como **mínimo**, conservar las condiciones establecidas en los Decretos 1212 y 1213, en lo que a la pensión en comento se refiere, so pena de desconocer la especial protección que brindaron las normas primigenias que consagraron el nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Fue así como los **Decretos 1091 del 27 de junio de 1995 y 4433 de 31 de diciembre de 2004**, previeron en sus artículos 70 y 27 parágrafo la pensión de sobreviviente para los **miembros activos del nivel ejecutivo** de la Policía Nacional que murieran en actos especiales de servicio, **cualquiera que fuera el tiempo de servicio**, sobre el 100% de las partidas computables consagradas en los artículos 49 y 23, respectivamente, a saber: Sueldo básico, prima de retorno a la experiencia, subsidio de alimentación, doceava de la prima de navidad, doceava de la prima de servicio y doceava de la prima de vacaciones.

En ese orden se tiene que las normas posteriores que contemplaron la prestación en estudio, no sólo protegieron las condiciones prestacionales con que venían los miembros que ingresaron al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, en lo que a la pensión por muerte en actos especiales del servicio se refiere, sino que las mejoraron toda vez que dicha prestación se reconoce sobre el 100% de las partidas computables cualquiera que fuera el tiempo de servicio, lo cual guarda armonía con la constitución y las leyes laborales, en cuanto obligan al empleador a conservar unos beneficios mínimos sobre los cuales puede agregar mayores y mejores prerrogativas, pues lo que es prohibido son las desmejoras.

Por eso, considera la Sala que cuando el Legislador estableció la pensión por muerte en actos especiales del servicio en el artículo 27 del Decreto 4433, diferenciando a quienes ingresaran al Nivel ejecutivo a partir de la entrada en vigencia de dicho precepto con los que ya hacían parte de ella, lo que hizo fue darle cumplimiento a las normas creadoras del Nivel Ejecutivo, en el sentido de brindarle una especial protección para los miembros de la Policía que atendieran el llamado institucional para profesionalizar sus labores.

Así las cosas, el parágrafo demandado del artículo 27, si bien consagró un trato diferenciado entre los miembros vinculados al nivel ejecutivo al momento de entrar

en vigencia el citado Decreto con el personal **que ingresara con posterioridad**, no vulneró el derecho a la igualdad, pues como ya se vio, la diferenciación no se produjo **entre iguales**, pues a los **activos** se les debía respetar la especialísima protección con que venían revestidos por las normas de creación, que, para recordar, previeron que sus condiciones laborales no podían ser desmejoradas al pasar al nivel ejecutivo.

El trato diferente que se dio entre los activos y los nuevos en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, estuvo objetiva y razonablemente justificado, razón por la cual el cargo endilgado al párrafo demandado no prospera.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda

En firme esta sentencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO